GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro 35044C du rôle
Inscrit le 11 août 2014

Audience publique du 9 décembre 2014

Appel formé par Monsieur ... ..., …,
contre un jugement du tribunal administratif
du 2 juillet 2014 (n° 33158 du rôle)
en matière de fonction publique

Vu la requête d'appel, inscrite sous le numéro 35044C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 11 août 2014 par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Monsieur ... ..., inspecteur principal auprès de l'administration des Contributions directes, dirigée contre le jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 2 juillet 2014 (n° 33158 du rôle) l'ayant débouté de son recours en réformation, sinon en annulation d'une décision ainsi qualifiée non datée du directeur de l'administration des Contributions directes ayant rejeté sa candidature au poste d'inspecteur principal 1er en rang hors cadre au grade 13 au service de révision de l'administration des Contributions directes en refusant de soumettre sa candidature au ministre compétent sinon au Grand-Duc, d'un arrêté grand-ducal du 31 mai 2013 par lequel Monsieur ... ... a été nommé au poste litigieux, ainsi que d'une décision implicite de refus de sa nomination se dégageant de l'arrêté grand-ducal du 31 mai 2013;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ, demeurant à Luxembourg, du 28 octobre 2014, portant signification de ladite requête d'appel à Monsieur ... ..., demeurant à …;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 23 septembre 2014 par le délégué du gouvernement;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 27 octobre 2014 par Maître Jean-Marie BAULER au nom de l'appelant;

Vu les pièces versées au dossier et notamment le jugement entrepris;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Jonathan HOLLER, en remplacement de Maître Jean-Marie BAULER, et Madame la déléguée du gouvernement Linda MANIEWSKI en leurs plaidoiries à l'audience publique du 2 décembre 2014.

Par une note de service du 15 avril 2013, le directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par « le directeur », lança un appel à candidature pour un poste hors cadre devenant vacant au service de révision de l'administration des Contributions directes. Par courrier du 16 avril 2013, Monsieur ... ..., entré au service de l'Etat le 16 mars 1989, admis au stage le 28 février 1990, nommé rédacteur de l'administration des Contributions directes le 9 février 1993, affecté au service de révision de l'administration des Contributions depuis le 5 février 2007 et nommé inspecteur principal depuis le 6 septembre 2007, présenta sa candidature pour le poste en question, ensemble avec trois autres candidats, dont Monsieur ... . Par un arrêté grand-ducal du 31 mai 2013, Monsieur ... ... fut nommé inspecteur principal 1er en rang hors cadre à l'administration des Contributions directes avec effet au 1er août 2013.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 2 août 2013, Monsieur ... ... fit introduire un recours principalement en réformation et subsidiairement en annulation contre une décision ainsi qualifiée non datée du directeur ayant rejeté sa candidature au poste d'inspecteur principal 1er en rang hors cadre au grade 13 au service de révision de l'administration des Contributions directes en refusant de soumettre sa candidature au ministre compétent sinon au Grand-Duc, contre l'arrêté grand-ducal du 31 mai 2013 par lequel a été nommé Monsieur ... ... au poste litigieux et contre une décision implicite de refus de nomination de Monsieur ... se dégageant de l'arrêté grand-ducal du 31 mai 2013.

Dans son jugement du 2 juillet 2014, le tribunal déclara irrecevable pour défaut d'objet le recours dirigé par Monsieur ... contre la prétendue décision de refus de sa candidature, au motif qu'une telle décision, qu'elle soit orale ou écrite, ne se dégageait pas du dossier. Il souligna, dans ce contexte, que le courrier du directeur du 17 mai 2013 adressé au ministre des Finances, proposant la nomination de Monsieur ..., constituait un avis et non une décision et que le défaut de référence, dans l'arrêté de nomination de Monsieur ..., à la candidature de Monsieur ..., ne relevait pas d'une décision du directeur, mais tout au plus du ministre des Finances, une telle décision n'ayant cependant pas été attaquée par le recours.

Concernant les autres décisions, Monsieur ... invoqua de prime abord une violation de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes en ce que le refus de sa nomination ne serait pas motivé. Le tribunal répondit que la décision de nomination de Monsieur ... ... ne figure pas parmi les catégories de décisions pour lesquelles l'indication d'une motivation expresse est légalement requise et que la décision implicite de refus de nomination de Monsieur ... ne contient, par la force des choses, aucune motivation, s'agissant d'une

fiction juridique découlant de la nomination d'un autre candidat. Il ajouta que la sanction d'un défaut de motivation ne consiste pas dans l'annulation de la décision, mais dans la suspension des délais de recours, la décision restant valable et l'administration pouvant produire ou compléter les motifs postérieurement et même pour la première fois devant le juge administratif. Le tribunal constata par ailleurs que, dans le cadre du mémoire en réponse, l'Etat avait fourni la motivation à la base du rejet de la candidature de Monsieur ..., à savoir celle que le candidat retenu, Monsieur ..., était plus ancien en rang et avait de plus une expérience plus élevée, tant à travers l'exercice de ses tâches dans différents bureaux d'imposition qu'à travers l'exercice de différents postes à responsabilité. Il conclut qu'indépendamment du bien-fondé de cette motivation, le grief tiré d'une absence de motivation était à rejeter.

Au moyen tiré de ce qu'il se dégagerait des termes de l'arrêté de nomination de Monsieur ... que sa propre candidature n'aurait pas été soumise au Grand-Duc au motif qu'elle n'y serait pas mentionnée, le tribunal retint qu'au regard de ce que le directeur avait continué toutes les candidatures au ministre des Finances qui avait soumis le dossier au Grand-Duc puisque ce dernier se référait au rapport du ministre des Finances, la seule circonstance que le Grand-Duc ne se fût pas expressément référé dans l'arrêté de nomination de Monsieur ... à la candidature de Monsieur ... ne permettait pas de conclure que la candidature du demandeur ne lui avait pas été soumise.

Monsieur ... avait encore invoqué la violation du principe de la confiance légitime, au motif que le refus de sa candidature aurait été inattendu puisque le directeur lui aurait promis le 22 août 2011 la promotion lors de la prochaine vacance de poste en raison de son expérience au sein du service litigieux, le directeur ayant même mis en évidence qu'il serait promu même en présence d'un candidat plus ancien en rang et que dans le passé, lorsqu'il voulut postuler pour un autre poste, le directeur privilégiait l'ancienneté en service à l'ancienneté en rang, à la différence de la voie suivie lors de la candidature litigieuse. Tout en reconnaissant que le principe de sécurité juridique, auquel s'apparente le principe de confiance légitime, constitue un principe général de droit impliquant des garanties quant à une application constante et cohérente du droit par les administrations et s'opposant ainsi à tout changement brusque et imprévisible dans le comportement de l'administration vis-à-vis de ses administrés, le tribunal retint qu'une promesse inconditionnelle du directeur de faire bénéficier Monsieur ... de la prochaine promotion n'était pas vérifiée en l'espèce et que, même à admettre qu'une telle promesse eût été faite par le directeur, la compétence en matière de promotion ne revenait pas au directeur, mais au Grand-Duc, de sorte que l'intéressé n'avait pas pu raisonnablement se baser sur une telle promesse.

Au moyen tiré de ce que la nomination litigieuse reposerait sur une erreur manifeste d'appréciation, étant donné que Monsieur ... serait affecté depuis le 27 juillet 2007 au service de révision et aurait donc fait état d'une expérience professionnelle de presque cinq ans au moment de sa candidature pour ce poste technique, tandis que Monsieur ... ne présenterait pas une expérience professionnelle équivalente et que non seulement le critère d'attribution aurait été changé d'une promotion à l'autre, mais que de plus, l'Etat ferait état d'un critère obscur lié à l'expérience, le tribunal répondit que le poste litigieux

est un poste pour lequel la loi n'a pas fixé de conditions particulières d'accès. Il se référa partant aux conditions de droit commun en matière de promotion telles qu'elles découlent de l'article 5 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat dont il découle que le Grand-Duc dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui est cependant limité par les critères tenant aux qualités professionnelles et morales requises pour exercer les fonctions du grade supérieur. Le tribunal retint que l'autorité de nomination peut, le cas échéant, être amenée à la conclusion qu'au vu des qualités requises, appréciées plus particulièrement à la lumière de la nature du poste à pourvoir, il est dans l'intérêt du service de nommer tel ou tel candidat et de le privilégier par rapport à un autre, de sorte que l'intérêt du service, même s'il n'est pas consacré légalement, peut aussi entrer en ligne de compte dans l'appréciation du choix, de sorte que le critère de l'ancienneté, invoqué réciproquement par les parties au litige, Monsieur ... préconisant l'ancienneté en service et l'Etat l'ancienneté en rang combinée à l'expérience, ne constitue pas un critère de sélection textuellement consacré mais qui peut être pris en compte puisqu'il traduit une approche répondant à un souci d'objectivité et de traitement égalitaire et permet ainsi plus particulièrement, devant la toile de fond de l'appréciation de l'intérêt du service, de départager des candidats à qualités égales, sans que le critère afférent ne puisse être érigé en un automatisme.

Sur base de ces considérations, le tribunal retint que le Grand-Duc garde un large pouvoir d'appréciation d'examiner, sur base de critères qui doivent être objectifs et vérifiables, lequel est le candidat qui convient le mieux au poste à pourvoir, qui s'exerce sous le contrôle du juge suivant les critères généraux applicables en matière de recours en annulation, le juge devant se livrer à l'examen de l'existence et de l'exactitude des faits matériels qui sont à la base de la décision attaquée et vérifier si les motifs dûment établis sont de nature à motiver légalement la décision attaquée et si le principe de proportionnalité a été respecté, et sanctionner un usage excessif de son pouvoir d'appréciation par l'autorité qui a pris la décision, voire un détournement de ce pouvoir. Le tribunal constata que l'Etat avait justifié le choix de Monsieur ... par des considérations tenant tant à l'ancienneté en rang qu'à l'expérience dans différents bureaux d'impositions et à travers divers postes à responsabilité, notamment en tant que préposé et en tant que préposé adjoint. Il souligna que le Grand-Duc n'était pas obligé de privilégier en toute hypothèse le critère de l'ancienneté en service, pas plus que l'ancienneté en rang à elle seule fût de nature à justifier en toute hypothèse la décision litigieuse. Il souligna qu'en l'espèce, l'ancienneté en rang de Monsieur ... de neuf ans par rapport à Monsieur ... ne constituait pas l'unique motif de choix mais était combinée au critère de l'expérience à un double niveau, à savoir tant en termes de domaines d'activités qu'en termes d'exercice de postes à responsabilité. Après avoir retracé les différentes étapes des carrières respectives des deux prétendants au poste litigieux, le tribunal retint que l'ancienneté en rang combiné avec l'expérience appréciée globalement n'était pas critiquable en tant que tel et ne relevait pas d'une erreur manifeste d'appréciation, puisqu'il est légitime de privilégier, parmi les candidats en ligne, celui qui de par son expérience à travers l'ancienneté en rang et par son expérience par des activités dans divers services de l'administration des Contributions et l'exercice de postes à responsabilité, est plus approprié à occuper le poste litigieux. Tout en concédant que Monsieur ... avait une plus importante ancienneté de service dans le service de révision

dans lequel le poste était à pourvoir puisqu'il travaillait dans le service de révision depuis 2007, tandis que Monsieur ... n'y avait jamais travaillé, le tribunal estima que cette seule considération était insuffisante pour retenir qu'il aurait fallu le privilégier par rapport à Monsieur ..., celui-ci ayant une expérience tant s'agissant des différentes tâches des bureaux d'imposition en général que s'agissant de l'exercice de différents postes à responsabilité en particulier. Il insista sur ce que le juge de l'annulation n'est pas compétent pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée et qu'il ne saurait sanctionner une décision prise par une autorité administrative dans une matière où celle-ci dispose d'un large pouvoir d'appréciation qu'en présence d'un usage excessif de ce pouvoir, hypothèse non vérifiée en l'espèce.

Le tribunal rejeta partant le recours en annulation comme n'étant fondé dans aucun de ses moyens.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 11 août 2014, Monsieur ... a régulièrement relevé appel du jugement du 2 juillet 2014.

Au fond, il répète les différents moyens invoqués en première instance.

Il estime en premier lieu que l'article 35 de la Constitution, qui réserve au Grand-Duc le pouvoir de nomination des fonctionnaires, a été violé en ce que ni le directeur, ni le ministre n'auraient soumis au Grand-Duc l'ensemble des candidatures, en particulier sa propre candidature.

Dès lors que le Grand-Duc signe un arrêté de nomination, il est à présumer qu'il s'estime suffisamment informé par son gouvernement dont un membre contresigne l'arrêté. Rien n'empêche le chef de l'Etat de s'enquérir de la manière dont la candidature d'un agent qui lui est présenté a été retenue et, le cas échéant, de demander de plus amples renseignements, mais dès lors qu'il signe l'arrêté de nomination, il n'appartient pas à un candidat non nommé de soutenir que le choix du Grand-Duc aurait été vicié par une information incomplète de la part de son gouvernement. Ceci ne porte pas préjudice au droit du candidat malheureux d'attaquer l'acte de nomination au cas où il estime que c'est à tort qu'il n'a pas été choisi. Il est à noter que Monsieur ... déclare lui-même, dans son acte d'appel (page 7), que *"même si constitutionnellement le Grand-Duc a le pouvoir de la nomination et par conséquent celui du choix, les réalités sont autres."*

Le moyen afférent est partant à rejeter.

L'appelant reproche ensuite aux premiers juges d'avoir estimé que même si la décision de refus n'avait pas été motivée, cela ne viciait pas la décision afférente, étant donné que le gouvernement avait livré la motivation sous-jacente au cours de la procédure contentieuse. Il estime qu'une telle motivation doit être fournie dès la procédure non contentieuse, sous peine de vicier l'acte et entraîner son annulation.

La Cour se réfère à cet égard à la motivation exhaustive des premiers juges qu'elle adopte. D'une part, la nomination d'un fonctionnaire fait partie des actes qui n'ont pas

besoin d'être spécialement motivés et le refus implicite de retenir la candidature des autres prétendants au même poste ne constitue pas un acte administratif à part qui devrait alors être motivé. Rien n'empêche le candidat malheureux de solliciter les raisons ayant motivé son refus. Par ailleurs, la sanction de l'obligation de motiver une décision administrative consiste dans la suspension des délais de recours et celle-ci reste *a priori* valable, l'administration pouvant produire ou compléter les motifs postérieurement et même pour la première fois à la phase contentieuse. Le but principal de l'obligation de l'administration de motiver ses décisions, à savoir de permettre à l'administré de connaître cette motivation sans devoir engager des frais pour l'obtenir, par exemple moyennant recours contentieux, peut également être obtenu par d'autres moyens plus adéquats. Dans ce contexte, il convient de rappeler encore que tant le silence de l'administration suite à une requête légitime que l'absence de motivation d'une décision peuvent constituer l'administration en faute si elle n'a pas agi en tant qu'administration normalement prudente, diligente et avisée, un tel comportement doit cependant trouver sa sanction dans les règles de la responsabilité civile et non pas conduire à l'annulation automatique de l'acte si la décision administrative est, par ailleurs, basée sur des motifs légaux quoique non formellement énoncés dans l'acte. Pour le surplus, pour l'hypothèse spécifique d'une absence de motivation d'une décision par l'administration avant la phase contentieuse, une sanction plus adéquate se dégage d'une législation postérieure à la législation sur la procédure administrative non contentieuse, à savoir la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, prise en ses articles 32 et 33 permettant aux juridictions administratives de condamner par décision motivée une partie ayant gagné son procès à une fraction ou la totalité des dépens ou de mettre à charge de cette partie la totalité ou une partie des sommes exposées par l'autre partie et non comprises dans les dépens, dont plus particulièrement les frais d'avocat, pour l'hypothèse où il paraît inéquitable de laisser ces frais à charge de cette autre partie. Dès lors, l'inertie d'une administration se dégageant de son silence prolongé obligeant l'administré, comme en l'espèce, à introduire d'abord un recours contentieux pour provoquer la motivation à la base d'une décision le concernant, respectivement une motivation pertinente complémentaire, justifie par principe respectivement l'allocation d'une indemnité de procédure et la condamnation de l'administration fautive à une partie ou la totalité des dépens.

Le moyen d'annulation tiré de l'absence de motivation de la décision de refus de la candidature de Monsieur ... est partant à rejeter.

L'appelant réitère ensuite le moyen tiré de la violation, par l'autorité de nomination, du principe de légitime confiance. Il estime que le comportement de celle-ci était imprévisible et qu'eu égard aux promesses lui faites par le directeur, il pouvait légitimement tabler sur la prémisse que sa candidature serait retenue. Il souligne que le directeur propose et dispose et que le Grand-Duc ne fait qu'entériner les choix de celui-ci et du ministre qui valide ses propositions. Il formule une offre de preuve par l'audition du directeur tendant en substance à établir que celui-ci lui avait promis le poste dès qu'il deviendrait vacant.

La Cour se réfère encore aux développements exhaustifs du tribunal pour écarter ce moyen ainsi que pour rejeter l'offre de preuve. En accordant une promotion à un fonctionnaire, l'autorité de nomination ne saurait faire des promesses valant pour un avenir plus ou moins lointain, mais elle doit apprécier qui, au moment où le poste est à pourvoir, présente les meilleures qualités professionnelles et humaines pour l'occuper. Des promesses à cet égard ne sauraient valablement engager l'administration. Il s'y ajoute, *a fortiori*, dans la présente espèce, que la prétendue promesse émanait du directeur alors que le pouvoir de nomination appartenait au gouvernement, c'est-à-dire au Grand-Duc recevant à cet effet une proposition du ministre des Finances et le directeur n'avait en aucune manière le pouvoir de lier le choix du gouvernement.

Monsieur ... estime encore que l'autorité de nomination a commis une erreur manifeste d'appréciation sinon a pris une mesure disproportionnée en ne retenant pas sa candidature qui, eu égard aux éléments objectifs du dossier, était la meilleure. Il estime qu'eu égard à la technicité particulière du poste vacant, il aurait dû être nommé, étant donné qu'il dispose indubitablement de plus d'expérience dans le domaine de la révision. Il souligne que si l'ancienneté en grade implique une certaine expérience, ceci ne vaut pas automatiquement pour l'attribution d'un poste où la technicité particulière était le critère essentiel. Il est d'avis que le fait pour Monsieur ... d'avoir occupé différentes fonctions dans différents services ne prouve rien, étant donné que les différents services de l'administration des Contributions directes renferment tous leurs propres exigences et particularités et que la simple expérience au vu du grade ne pouvait prédéterminer Monsieur ... pour le poste, à défaut d'arguments ou éléments pertinents permettant au juge administratif de se livrer à sa propre appréciation.

C'est encore à la motivation exhaustive des premiers juges que la Cour se rallie. Dans une matière où les critères de droit commun pour une nomination sont applicables, l'autorité de nomination dispose d'un large pouvoir d'appréciation et il n'apparaît pas que celle-ci ait dépassé la marge d'appréciation dont elle disposait concernant le poste à pourvoir. Si Monsieur ... a à son actif une plus longue expérience dans le service de révision où le poste était vacant, Monsieur ... disposait d'une ancienneté de service supérieure de neuf ans à la sienne et il avait occupé, dans le passé, certaines fonctions dirigeantes, dans d'autres services que le service de révision, il est vrai. La Cour doit rappeler que dans le cadre d'un recours en annulation, il ne lui appartient pas de refaire la décision critiquée, mais d'apprécier si l'autorité administrative a dépassé sa marge d'appréciation. Or, en l'espèce, un tel dépassement ne saurait être constaté. Le pouvoir de nomination a raisonnablement pu admettre que l'expérience générale plus longue et l'occupation de différents postes dirigeants étaient de nature à qualifier Monsieur ... pour le poste litigieux, estimant, à bon droit, que les différents services de l'administration des Contributions ne sont pas spécialisés et cloisonnés à telle enseigne que l'agent travaillant dans un service serait sérieusement moins qualifié pour obtenir une promotion vers un autre service de la même administration que celui qui a travaillé plus longtemps dans ce service.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que c'est à bon droit que les premiers juges ont rejeté le recours de Monsieur ... et l'appel n'est pas justifié concernant ce volet de leur décision.

Les premiers juges ont condamné Monsieur ... aux dépens et lui ont refusé l'allocation de l'indemnité de procédure de 750 € demandée en première instance. Celui-ci réclame, en instance d'appel, une telle indemnité de 1250 € pour chacune des instances.

Ainsi qu'il a été souligné ci-avant, Monsieur ... a dû attendre la procédure contentieuse pour connaître les raisons qui ont conduit à l'échec de sa candidature. Il serait partant inéquitable de laisser l'ensemble des frais engagés dans le cadre de cette procédure à sa charge.

Il y a partant lieu, par réformation du premier jugement, de lui allouer le montant de l'indemnité sollicité en première instance, à savoir 750 €, manifestement pas exagéré, ainsi que de condamner l'Etat aux dépens de la première instance, encore qu'il ait obtenu gain de cause au fond et que ce volet du premier jugement soit confirmé en instance d'appel.

En revanche, Monsieur ... a connu, dès la première instance, la motivation de la décision ayant conduit le pouvoir de nomination à préférer la candidature de Monsieur ... à la sienne et la décision basée sur cette motivation n'a pas été sanctionnée en instance d'appel. Il n'y a partant pas lieu d'allouer à l'appelant une indemnité de procédure pour la deuxième instance et il est également à condamner aux dépens de l'instance d'appel.

Par ces motifs,

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties,

reçoit l'appel en la forme,

au fond, le déclare partiellement justifié,

partant, par réformation du premier jugement, alloue à Monsieur ... une indemnité de procédure de 750 € pour la première instance et condamne l'Etat aux dépens de la première instance,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

condamne l'appelant aux dépens de l'instance d'appel,

le déboute de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Ainsi délibéré et jugé par :

Georges RAVARANI, président,
Lynn SPIELMANN, conseiller,
Martine GILLARDIN, conseiller,

et lu par le président en l'audience publique à Luxembourg au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en-tête, en présence de la greffière de la Cour Anne-Marie WILTZIUS.

s. WILTZIUS   s. RAVARANI

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 28 mai 2016
Le greffier de la Cour administrative